

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الكويت
كلية الحقوق

الدورات التدريبية للعام الجامعي ٨٨/٨٧

طبيعة الأوامر التغييرية
وصلتها بقانون المناقصات العامة

المستشار الدكتور ابراهيم مصطفى مكارم*

* مستشار بمحكمة استئناف مصر، وبادارة الفتوى والتشريع الكويت سابقا، وحاليا بمكتب الصالح
وجراهام وجيمس •

تقديم

موضوع هذه المحاضرة يكشف عنه عنوانها فهو يتناول بصفة رئيسية طبيعة الاوامر التغييرية ، ومن ثم صلتها بقانون المناقصات العامة وهو موضوع يدعونا الى أن نشير باديء ذي بدء الى أهميته في مجال تنفيذ عقود مقاولات الانشاء عامة كانت أو خاصة ، ومصدر هذه الاهمية افتراض هذا الموضوع مساحة كبيرة من المنازعات التي تتناول تنفيذ مقاولات الانشاء سواء في أثناء تنفيذها أو بعد تنفيذها ، ومطالعة سريعة لبعض هذه المنازعات تكشف عن صدقية هذه المقولة . ففي منازعة دارت حول مبلغ -/ ٨٠٠.٠٠٠ د.ك بلغت قيمة الاوامر التغييرية فيها -/ ٦٠٠.٠٠٠ د.ك أي بنسبة (٧٥%)

ومع غياب الاحصائيات العامة نكتفي بما تقدم كعينة احصائية تكشف عن أهمية الاوامر التغييرية .

وإذا كانت هذه هي أهمية الموضوع الذي نحاضر فيه ، فمن ناحية أخرى يطرح هذا الموضوع أكثر من سؤال منها ما يتعلق بالمصطلح الذي يجري التعامل معه وهو الاوامر التغييرية ، ومنها ما يتصل بالطبيعة القانونية لهذه الاوامر والاثار القانونية المترتبة عليها وأخيراً حدود صلتها بقانون المناقصات العامة وهو ما يدعونا الى لقاء نظرة عاجلة على هيكل قانون المناقصات العامة لدى موضعها فيه ، وكذا على القوانين التي تتناول المناقصات لبعض المؤسسات العامة ونخص منها مؤسسة الموانئ التي تتمتع بقانون خاص لعقودها ، وجميع ذلك يتم فيما يلي :

أولاً: تمهيد: التعريف بالمصطلح:

مصطلح الاوامر التغييرية مصطلح لا تختص به عقود المناقصات العامة بل يرد في عقود الانشاء العامة أو الخاصة ، وهو كما يكشف عنه تركيبه اللغوي سواء في ذلك باللغة العربية أو باللغة الانجليزية Variation Orders وهو يفترض عقد تحددت به الاعمال الاساسية ، وأن ترد الاوامر التغييرية على هذه الاعمال زيادة أو نقصا بالمغايرة للقاعدة الرئيسية والاصولية ان العقد شريعة المتعاقدين إذ الاصل فيها أيضاً أنها اتفاق بين طرفي العقد أي مصدرها أيضاً هو العقد شريعة المتعاقدين ، ودون ان نصادر على المطلوب نكتفي في هذا الموضع بهذه الاشارة ، ونقول في تعريف الاوامر التغييرية ، أنها حق رب العمل في تعديل موضوع عقد مقاوله انشاء بالزيادة أو بالنقص وفي حدود جوهر هذا الموضوع كزيادة مساحة البناء السكني الذي تم التعاقد على انشاءه أو اضافة ملحق له أو عدم ذلك وكذلك يعد أمراً تغييرياً اضافة طولاً جديداً لطريق يجري انشاءه أو مما هو من مستلزماته .

ويجري صياغة شرط الاوامر التنفيذية في عقود الانشاء باكثر من عبارة ولكن
نشير الى صياغته في عقود ال (Fidic) (Federation Internationale des Ingenieurs Conseils)

حيث يجري النص عليه بالعبارات التالية:

مادة ١/٥١ للمهندس ان يحدث أي معدلات في شكل أو نوعية أو كمية الاعمال أو أي جزء
منها يراه ضروريا ، كما أن للمهندس السلطة أن يأمر المقاول أن يعمل
وعليه أن ينفذ أي ما يلي :

(أ) أن يزيد أو ينقص في كمية أي عمل يشمل العقد .

(ب) أن يحذف أيًا من فعل هذه الاعمال .

(ج) أن يغير صفة أو نوعية أو أيًا من هذه الاعمال .

(د) أن يغير في مستوى تخطيط مواقع أو أبعاد أي ضرر من هذه
الاعمال .

(هـ) أن ينفذ أي عمل إضافي لازما أو ضروريا لانجاز الاعمال ولا تؤدي
هذه التعديلات بأي حال الى ابطال العقد أو فسخه انما يجب أن
تؤخذ نتيجة هذه الاعمال بعين الاعتبار عند تقدير قيمة العقد .

وفي ضوء ما تقدم نتناول الطبيعة القانونية لهذه الاوامر وذلك فيما
يلي :

ثانيا : الطبيعة القانونية للاوامر التنفيذية :

أشرنا في تعريف هذه الاوامر الى انها وان كانت استثناء من القاعدة
الاصولية ان العقد شريعة المتعاقدين وهي قاعدة تقتضي أن يلتزم طرفاه بأحكامه ، إلا
أنها من ناحية أخرى فمصدرها ذات القاعدة إذ يتم الاتفاق عليها في عقود الانشاء بالنص
على النحو المتقدم على حق رب العمل في اجراء تعديل في موضوع العقد بالزيادة أو النقص
وفقا لاحكام الذي يتضمنها العقد .

ويكشف هذا التعريف عن الطبيعة القانونية لهذه الاوامر وعن عناصرها القانونية وهي التي يمكن أن نلخصها فيما يلي :

١- أن مصدرها العقد . ومن ثم تتحدد بما يرد في شأنها في العقد . (ولكن هل يلزم أن يكون العقد بالتكلفة الاجمالية) .

٢- انها من مستلزمات العقد .

٣- انها لا تختلف عن جوهر موضوع الاعمال الرئيسية بالعقد .

٤- انها لا تتجاوز نسبة ما يتفق عليه .

ونعالج كل من هذه العناصر على التفصيل الاتي :

١- ان مصدرها العقد :

وبيان ذلك انه كما تقدم ان الاصل ان العقد شريعة المتعاقدين اذ تنص المادة ١٩٦ من القانون المدني على أن :

العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما ان يستقل بنقض او تعديل احكامه ، الا في حدود ما يسمح به الاتفاق او يقتضي به القانون .

وتطبق هذا الحكم على الاوامر التغييرية يجعلها تقع في دائرة ما يسمح به الاتفاق فهي تتحدد بهذا الاتفاق سواء من حيث الكم أو من حيث النوع .

وهناك سؤال مطروح متعلق بهذا العنصر ، وهو هل يلزم أما يكون العقد الذي يرد عليه الامر التغييري عقد تكلفة اجمالية Lump Sum ام انه يمكن ان يكون عقد تكلفة فعلية Cost Plus .

الحقيقة ان تعريف عقد التكلفة الاجمالية او التكلفة الفعلية لا ينبغي ان يكون تعريفا جامدا بل العبرة بالعناصر الواردة في كل منهما وفي رأينا أن عنصر الزمن هو عنصر ذو أثر مباشر على تكييف العقد فإذا كان يلزم اتمام تنفيذ العقد المحدد

بالتكلفة الفعلية في خلال اجل معين أخذ حكم العقد ذو التكلفة الاجمالية ، و هذا الموضوع بتفصيل أكثر فيما يلي :

٢- أنها من مستلزمات العقد:

هذا المعنى واضح في عبارات الشروط الدولية ال FIDIC . وهي أيضا تجد مصدرها في القانون المدني اذ تنص المادة ١٩٥ مدني على الاتي :

لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط او ينسري عليه من أحكام القانون ، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقا لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل .

وتحديد ما هو من مستلزمات العقد او ما هو ليس كذلك مسألة نسبية بطبيعة الحال فهي تقوم على ما استقر في صناعة المقاولات فانشاء ملحق خدم في بناء مكني هو من مستلزمات العقد ، وفي حالة اخرى لعد انشاء مسجد لبناء مجلس الامة هو امر تغييرى للعقد الرئيسى بانشاء المجلس .

وهذه الجزئية تتصل بالجزئية التي تليها والتي تتعلق بأن الاوامر التغييرية تقع في حدود جوهر الاعمال الرئيسية للعقد .

٣- لا تختلف عن جوهر الاعمال الرئيسية للعقد:

وتعتبر هذه النقطة احدى النقاط المثيرة للخلاف ، وفي القضاء الامريكي يجري التفرقة بين التغييرات الجوهرية أو يسمى Cardinal Change وهي تخرج عن فكرة الاوامر التغييرية ، فزيادة عدة كيلومترات لطريق عادي لا يعد تغييرا جوهريا في طبيعة الاعمال الرئيسية للعقد ولكن طلب انشاء ممر هبوط طائرات في عقد انشاء طريق عادي هو بمثابة تغيير جوهرى في طبيعة الاعمال الرئيسية لهذا العقد مما يخرج بهذا الطلب عن مفهوم الاوامر التغييرية .

ومن ناحية أخرى ومما يتصل بهذه النقطة ما يشار عادة حول حالة المراحل المتماثلة المختلفة الشروط من ناحية قيمة العقد وليس من ناحية طبيعة اعماله ومن ذلك ان يتفق على أن يكون عقد انشاء طريق بالتكلفة الاجمالية ، ثم يطلب من

المقاول انشاء طريق آخر بذات اسعار العقد الاول ولكن بالتكلفة الفعلية ، فهل يعد هذا بمثابة امر تعديلي او بمثابة عقد جديد - سبق تناول هذه النقطة في العنصر الاول ، وانتهينا الى رأي ان تحديد ما إذا كان العقد ذو تكلفة فعلية او اجمالية انما يتوقف على دراسة عناصره وليس بناء على ما يطلقه عليه المتعاقدان وهذه قاعدة اصولية اتفق عليها القضاء ، وعلى هذا وكما ذكرنا سابقا فالرأي لدينا ان عنصر المدة هو الذي يحدد ما اذا كان عقدا ذي تكاليف اجمالية او فعلية فإذا خلا العقد من شرط المدة وتحددت اسعاره على أساس فكرة التكلفة الفعلية كان العقد عقدا جديدا اما اذا التزم فيه المتعاقدان بشرط المدة فهو ما زال عقد تكلفة اجمالية طالما ان عنصر حساب الكميات لا يختلف في حقيقة الحال بين عقد او آخر ، وتطبيق هذا الرأي ينتهي فيما هو محل للتساؤل الى القول بأنه اذا كان عقد المرحلة الثانية يتضمن التزاما على المقاول بانهاؤه في أجل معين أخذ العقد حكم العقد الاول من حيث اعتباره امرا تعديلا . وتبدو اهمية هذه التفرقة عندما نتناول الاثار القانونية المترتبة على الامر التعديلي .

٤- يجب ألا تتجاوز النسبة المتفق عليها في شأنها :

ويبدو هذا العنصر في عبارات عقد الفئديك سابق الاشارة اليه ، والتي تحدد هذه النسبة ب ١٥% فإن تجاوز الامر التعديلي هذه النسبة عد هذا الامر بمثابة عقد جديد فلا تسري على الامر اسعار العقد الرئيسي بل يجب ان يتم الاتفاق على سعر جديد في شأنه ، ومفهوم ذلك ان تجاوز النسبة بأخذ حكم الاختلاف الجوهرى عن موضوع العمل الرئيسي الذي سبق وان عالجناه في العنصر السابق ، وهما عنصران تبدو اهميتهما في بحث الاثار المترتبة على الاوامر التعديرية .

الاثار القانونية المترتبة على الاوامر التعديرية:

ثالثا

تناولت هذه الاثار عبارات واردة بالمادة ٥٢ من الشروط الدولية : (الفئديك) فوفقا لهذه المادة للمقاول الحق في تعويض مناسب عن الاوامر التعديرية يجري تحديده وفقا لاسعار العقد ويتم ذلك بمعرفة المهندس الكبير (Big.E) ، فإن لم توجد مثل هذه الاسعار فيكون ذلك وفقا لما يتفق عليه طرفا العقد فإن لم يتفقا كان قرار المهندس الكبير هو الواجب التطبيق ، ثم تصيف تلك المادة الاتي :

فإذا كانت التعديلات تزيد عن ١٥% من قيمة العطاء فتعدل قيمة العقد ، وان لم يتفق الطرفان كان قرار المهندس الكبير هو الواجب التطبيق .

وعلى ضوء هذه العبارات نستطيع أن نشير إلى أن آثار الأمر التغييري تنعكس على حقوق كل من طرفي العلاقة في عقد مقاولات الانشاء :

١- فمن ناحية حقوق رب العمل:

فإن الأمر التغييري يعطيه الحق في تنفيذه بذات اسعار العقد الرئيسي وذلك إذا كان الأمر يتضمن إضافة لأعمال العقد ، فإن كان متضمنا انقاصا في هذه الاعمال فهو من ناحية لا يترتب للمقاول حقا بالزام رب العمل بكل الاعمال ومن ناحية أخرى يعطى لرب العمل الحق في انقاص قيمتها بذات قيمة الاسعار المتعاقد عليها ولو كانت هذه الاسعار قد نقصت قيمتها السوقية .

٢- حقوق المقاول:

تشير الآثار القانونية المترتبة على الاوامر التغيرية بالنسبة للمقاول كثيرا من المسائل :

(أ) فمن ناحية ما إذا كان قد تترتب على الأمر التغييري امتداد أجل تنفيذ العقد سواء أخذ هذا الامتداد صورة تأخير في التنفيذ لم يصدر به أمر من رب العمل او كان مصدره امر بمنح مدة تأخير extension of time ، ومدى انعكاس هذا التأخير على حقوق المقاول في التعويض عن عنصر الزمن الذي لا يدخل في عنصر العمالة او المعدات او المواد ، وقضاء التحكيم مستقر على تعويض المقاول عن عنصر الزمن في هذه الحالة .

والسؤال الذي يطرح نفسه والمرتبط بهذه الجزئية ما هو أثر الزمن على عقد المقاول في المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فقد يترتب على الأمر التغييري أن يمتد أجل تنفيذ العقد بما ينطبق في شأنه شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي عدم التوقع وعدم امكان المفاداة والخسارة الفادحة التي تقلب الموازين الاقتصادية للعقد ، لا شك أن اثر الأمر التغييري هنا سيترتب اشرا على اسعار العقد بالتطبيق لهذه النظرية .

(ب) ومن ناحية أخرى يثور التساؤل حول اثر الأمر التغييري المتضمن مرحلة جديدة ولو اختلف في شروطه من حيث إذا كانت قيمة اجمالية او فعلية عن عقد المرحلة الاولى على حقوق المقاول ، فقد انتهينا إلى أن هذا العقد يعد

أمرا تغييريا يأخذ حكم زيادة نسبة الاوامر المذكورة عن المتفق عليه ومن ثم يسمح بأن يعاد النظر في قيمة العقد كله سواء عقد المرحلة الاولى أو الثانية إذا كان قد امتد العقد زمنا على نحو يلحق ضررا باقتصاديات المقاول .

(ج) ومما يرتبط بالنقطة السابقة تطبيق المادة ٥٢ من الفيدرالية من حيث أثر زيادة نسبة الاوامر التغييرية على حقوق المقاول وواضح أن آثارها لا تقف فقط عند حد سعر الامر التغييري بل تمتد الى قيمة العقد ككل .

(د) ومما يرتبط أيضا بحقوق المقاول المترتبة على الامر التغييري هو مدى الزام قرار المهندس الكبير للمقاول وواضح هنا ان قرار المهندس وهو يفترض أنه أكثر ولاء لرب العمل ليس ملزما للقضاء ، إذا أنه ليس محكما فردا بل هو مستشار المشروع ، فإليه غير ملزم للطراف .

رابعاً : صلة الاوامر التغييرية بقانون المناقصات العامة

ترتبط الاوامر التغييرية بقانون المناقصات العامة ، على نحو قد يدعو البعض الى الاعتقاد انها لا توجد خارج دائرة هذا القانون والواقع غير ذلك فهي توجد في عقود المقاولات الخاصة وجودها في عقود المقاولات العامة ، والنص الذي يعالجها هو نص المادة ٦٤ من قانون المناقصات العامة رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٤ الذي ينص على الاتي :

لا يجوز ادخال تعديلات على المناقصة تتجاوز ٥% من مجموع قيمتها بالزيادة أو بالنقص ، إلا بموافقة لجنة المناقصات المركزية .

وكذلك تنص المادة ٨٨ من المرسوم الاميري الصادر سنة ١٩٨٠ باللائحة الداخلية للمؤسسة العامة والمتضمن من بين مواد القانون الخاص لعقودها على الاتي :

لا يجوز ادخال تعديلات على عقد المناقصة تتجاوز ٣% من مجموع قيمتها بالزيادة أو بالنقص الا بموافقة لجنة العقود ، كما لا يجوز ادخال تعديلات على عقد المناقصة تتجاوز ٦% من مجموع قيمتها بالزيادة أو بالنقص إلا بموافقة مجلس ادارة المؤسسة .

ويلاحظ أن هذين العقدين يعالجان الاوامر التغييرية بحذر شديد تحسبا من اتخاذها بابا خلفيا للخروج على مبدأ المساواة في قانون المناقصات ، وهو تحسب لم يحل بطبيعة الحال من اتخاذ هذه الاوامر فعلا بابا خلفيا للخروج على رقابة الجهات المختصة بالرقابة على المناقصات العامة . ولكن تظل للاوامر التغييرية أهميتها وضرورة الابقاء عليها وأي طعن عليها او مطالبة بالغائها ينتهي الى مثل حركة مقاولات الانشاء ، مثل هذه الدعوة كمثال الدعوة الى الغاء شرط التحكيم من عقود الاشغال العامة ، فهي دعوة ترفض واقع التسعير الذي ينتظر الى التحكيم كوسيلة لخفض تكلفة المشروعات لا زيادتها ، ولهذا الحديث موضع آخر ولكن المقارنة بين الدعوة الى الغاء الاوامر التغييرية والدعوة الى الغاء التحكيم على وجه الاطلاق هي التي دعت اليه . ونختتم بما تقدم من عبارات تقويما وتقييما لفكرة الاوامر التغييرية .